

公司决议瑕疵诉讼担保制度检讨及立法完善

● 丁 勇*

【内容摘要】 立法者为对抗滥诉而专门在公司决议瑕疵诉讼中规定的诉讼担保制度不仅违背了民事诉讼的基本原理,更未能触及滥诉问题的制度根源,应当予以摒弃。分析表明,诉讼门槛低、起诉即可阻碍公司决议执行以及诉讼和解缺乏法律约束实为诱发和便利滥诉的制度成因,其本质上是对商事决议错误套用民事法律行为理论范式而单方面关注股东个体权利保护、忽视商事效率和安定性及公司整体利益的结果。应摆脱传统民事法律行为理论范式,以平衡股东个体与公司整体利益的路径修正制度失衡,对股份有限公司股东提起决议撤销之诉规定最低持股份额但不应采用持股时间限制,对于涉及公司重大结构变更行为的决议应将提起决议撤销之诉的除斥期间扩展适用至决议无效之诉,应正确适用行为保全规则调整公司决议中止执行并以资本维持原则限制诉讼和解金的数额。

【关键词】 决议瑕疵诉讼 诉讼担保 滥用 最低持股份额 起诉期限 行为保全 诉讼和解

我国 2005 年《公司法》的修订借鉴大陆法系国家有关公司立法在第 22 条规定了股东(大)会以及董事会决议的无效及可撤销制度(2014 年 3 月 1 日起施行的新《公司法》对该条规定未作修改)。该条第 1 款和第 2 款分别规定:“公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效”;“股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程,或者决议内容违反公司章程的,股东可以自决议作出之日起六十日内,请求人民法院撤销。”同时,该条第 3 款规定:“股东依照前款规定提起诉讼的,人民法院可以应公司的请求,要求股东提供相应担保。”按照一般的理解,诉讼担保的规定旨在防止股东滥用诉讼给公司造成损害。然而,诉讼担保的规定是否合理,又是否是对抗滥诉的正当手段,颇值反思。

一、公司决议瑕疵诉讼中的诉讼担保制度及其检讨

我国公司决议瑕疵诉讼中诉讼担保的规定直接承袭自日韩相关立法。《日本公司法》第 836 条对于股东提起有关公司组织的诉讼(其中包括要求确认决议不存在和无效以及撤销决议的诉讼)规定,法院可根据被告的申请要求非担任董事、监事、执行官或清算人的起诉股东提供担保,但被告必须证明原告提起诉讼是出于恶意。《韩国商法典》第 377 条、第 380 条也对股东提起的要求确认决议无效或不存在和撤销决议之诉规定法院可根据公司的请求命令非担任董事或监事的股东提供相应的担保,对此被告必须证明原告起诉是出于恶意。事实上,诉讼担保的规定更早也曾出现在作为决议瑕疵立法源头和

* 作者单位:华东政法大学国际金融法律学院。本文受国家社科基金项目“公司决议瑕疵法律规制研究”(12CFX066)、司法部国家法治与法学理论研究项目“公司法上请求权研究——基础、构成及体系”(12SFB3027)、教育部人文社科项目“公司决议瑕疵诉讼制度修改完善研究——理论基础反思及规则体系重构”(12YJC820020)及上海市教委科研创新项目(12YS099)支持并得到 2011 年上海高校青年教师培养资助计划(hdzf10006)及上海市浦江人才计划资助。

典范的德国立法中,德国1937年《股份法》第199条第4款规定,如果公司能使法院确信其享有或者会产生对原告股东的赔偿请求权,那么诉讼法院可以依公司申请要求原告股东向公司提供担保。

从各国相关立法可以看出,对股东施加担保义务是为了防止其滥用诉讼权利而影响公司的正常经营或对其造成损害。因此,尽管我国公司法并未言明,但理论上均认为诉讼担保需以被告公司证明股东的起诉具有恶意为前提。^① 借鉴日本的相关判例和通说,恶意无需达到原告知晓诉讼会给公司带来损失的严重程度,而是指一般的“害意”或者刁难之意,即原告的起诉不是出自维护作为股东的正当利益,而是出于不当损害公司利益的意图。不过,由于轻易认定“害意”而让原告提供担保等于间接禁止诉讼,一般认为,只有在原告被认为明显以故意为难公司为目的提起诉讼时,裁判所才可以命令其提供担保。^② 被告公司对于原告的恶意承担举证责任,法院在认定原告股东具有恶意的情形下,依裁量可命令原告提供担保,原告拒不提供的由法院裁定驳回其起诉。

诉讼担保制度最大的适用困境在于对担保对象和数额的确定。如上所述,德国1937年《股份法》明确将担保对象规定为被告公司享有或可能享有的对原告股东的赔偿请求权,其请求权基础除了一般的民法规定(如侵权责任)外,还可以是德国1937年《股份法》第200条第2款对于因故意或重大过失而给公司造成损害的股东所特别规定的损害赔偿赔偿责任。类似的赔偿责任同样也存在于《日本公司法》第846条、《韩国商法典》第377条、第380条、第191条中,尽管日韩立法并未明确将其与诉讼担保联系起来,但学者认为,诉讼担保“是要担保因提起诉讼而公司受到或将要受到的损害,其价格以公司将要遭受的不利益为标准,由法院裁量决定”,^③ 这种理解就已经和德国立法相差无几了。然而,我国公司法并未对诉讼担保的对象作出明确规定,这在法律适用上造成了极大的不确定性。或许是受相关司法解释制订中征求意见稿的影响,有学者认为诉讼担保的对象为诉讼费用,^④ 但由于决议瑕疵诉讼通常以非财产案件为标准收费,诉讼费用及相应的担保义务将极为有限,根本无法起到对抗滥诉的目的。另一方面,如果担保的对象是股东可能给公司造成的损害,^⑤ 那么担保责任又将极为严厉,从而严重阻碍善意股东正常提起诉讼。可见,在对抗滥诉和维护正当诉讼之间存在的紧张关系使得现行法中的诉讼担保在担保对象的确定上颇为尴尬。因此,有学者干脆放弃对担保对象作出确定而提出由法院视个案具体情况综合裁量,^⑥ 但这不仅无法从根本上消除上述紧张关系,更使担保对象乃至制度本身的价值定位变得模糊不清。

比制度适用困境更为致命的是制度本身的法理缺陷,即诉讼担保制度从根本上违背了民事诉讼的基本原理。在普通民事诉讼中原告与被告处于平等的诉讼地位,除非原告申请保全措施主动打破这一平衡,否则并无提供担保的义务。公司法偏离民事诉讼的基本原理和规则,单独对决议瑕疵诉讼中的原告股东施加诉讼担保义务,显然是对原告的歧视对待。这种担保义务打破了原被告双方诉讼权利和义务的平衡分配,反而易被滥用。由于只需申请即可启动程序且对错误申请的情形无需承担任何责任,被告公司完全可以在股东起诉后“例行”地申请担保,这无疑将会对股东的起诉维权产生极大的“吓阻”作用,最终使决议瑕疵诉讼制度本身形同虚设。德国1965年《股份法》也正是基于这一考虑和反思而删除了诉讼担保规定。事实上,如果公司能够证明并使法院确信股东的起诉构成滥诉或者公司对原告股东会产生损害赔偿请求权,那么正确的做法应当是由法院直接驳回原告的起诉而不是以原告提供担保

① 参见刘俊海:《现代公司法》,法律出版社2008年版,第272页;钱玉林:《论可撤销的股东大会决议》,《法学》2006年第11期;李建伟:《公司诉讼专题研究》,中国政法大学出版社2008年版,第214页;蔡立东、杨宗仁:《论股东会决议撤销权的主体及其行使》,《当代法学》2008年第5期;谢文哲:《公司法上的纠纷之特殊诉讼机制研究》,法律出版社2009年版,第117页;褚红军主编:《公司诉讼原理与实务》,人民法院出版社2007年版,第445页。

② 参见张凝:《日本股东大会制度的立法、理论与实践》,法律出版社2009年版,第292页。

③ [韩]李哲松:《韩国公司法》,吴日焕译,中国政法大学出版社2000年版,第428页。

④ 同前注①,刘俊海书,第272页;同前注①,褚红军主编书,第445页。

⑤ 同前注①,谢文哲书,第117页。

⑥ 同前注①,蔡立东、杨宗仁文。

的方式继续诉讼,否则甚至会出现原告提起的恶意诉讼最后反而胜诉的荒谬结果。

二、公司决议瑕疵诉讼的滥用现象与成因分析

删除我国《公司法》第22条第3款关于诉讼担保的规定固然必要,但远未触及问题的本质。立法者专门针对决议瑕疵诉讼引入诉讼担保制度并非无心之举,而是基于该制度在构造上先天具有易被滥用的可能,但防止滥用的正确做法是在分析制度本身脆弱性的基础上“对症下药”,而不是想当然、图省事地引入一个违背民事诉讼基本原理的诉讼担保制度。相比我国直到2005年才引入公司决议瑕疵诉讼制度,该制度在德国虽经百年发展而日臻完善,但自制度诞生起就备受滥诉问题困扰,自上世纪80年代以来更是愈演愈烈,剖析其成因并以其为鉴分析滥诉在我国发生的现实可能性颇有价值和必要。

(一)德国公司决议瑕疵诉讼的滥用现象与成因

在德国,所谓公司决议瑕疵诉讼的滥用现象,简单说来是指现实中小股东提起诉讼并不是出于维护自身权利或决议合法性的目的,而是通过诉讼阻碍公司重要决议的及时执行来给公司施压,迫使公司以向起诉股东支付和解补偿金的方式来换取其撤诉。^⑦这无疑使得提起决议瑕疵诉讼成为一个不错的“商机”,实践中甚至形成了一批专门以提起决议瑕疵诉讼进行“营利”(Klagegewerb)的“职业反对者”(Berufsopponent)股东,他们往往仅持有被告公司的微量股份,^⑧却打着维护所有受损股东利益乃至公司决议合法性的旗号行掠夺和勒索公司之实,因此也被形象地称为“强盗式股东”(räuberischer Aktionär),^⑨这些屡屡通过提起决议瑕疵诉讼从中谋取私利的“职业讼客”(Berufskläger),^⑩不仅使诉讼以司法纠正违法决议的制度功能因和解撤诉而难以发挥,更对公司的正常经营乃至整体国民经济都产生了严重的负面影响。

德国立法者和司法者与公司决议瑕疵诉讼滥用现象进行了长期的抗争,但都收效甚微。从根本上说,滥诉难以被有效抑制与法律规定本身给滥诉提供了极佳的便利条件有直接关系。

首先,公司决议瑕疵诉讼的起诉门槛极低,任何股东只要持有一股即可针对决议效力提起诉讼,^⑪在德国2005年公司法改革^⑫之前,股东行使决议撤销权甚至也不存在持股时间的限制,按照当时的主流观点,^⑬股东只要在决议作出前取得股份都应享有撤销权,因此,“职业讼客”惯用的伎俩是在各大公司发布召开股东大会的公告后投机性地购入微量股份以符合起诉条件,继而轻而易举地将公司拖入讼累。而一旦进入诉讼,即便法院不支持股东所主张的撤销事由,滥用者还可以继续主张决议无效事由拖延诉讼,因为其不受撤销之诉中除斥期间的限制。

其次,也是最为关键的是,对于一些涉及公司重大事项及结构性变更的决议如公司章程变更、合并分立、形式变更、增减资本、企业合同、公司加入等决议在德国均需经过商事登记才能生效,即所谓的商

^⑦ 有关德国公司决议瑕疵诉讼滥用现象及成因的详尽分析也可参见丁勇:《德国公司决议瑕疵诉讼滥用问题研究及启示》,《比较法研究》2013年第4期。

^⑧ Vgl. Baums/Keinath/Gajek, Fortschritte bei Klagen gegen Hauptversammlungsbeschlüsse? Eine empirische Studie, ZIP 2007, 1629, 1634.

^⑨ Vgl. Lutter, Zur Abwehr räuberischer Aktionäre, in: Festschrift 40 Jahre Der Betrieb, Stuttgart, Schäffer, 1988, S. 193ff.

^⑩ Vgl. Baums/Vogel/Tacheva, Rechtstatsachen zur Beschlusskontrolle im Aktienrecht, ZIP 2000, 1649, 1651; 同前注^⑧, Baums, Keinath, Gajek文,第1634页以下; Waclawik, Zur Fortsetzung der Reform des aktienrechtlichen Anfechtungsprozesses, DStR 2006, 2177, 2178.

^⑪ 德国《股份法》中只有第254条第2款第3句就针对盈利分配决议提起决议撤销之诉的股东规定了必须单独或者合计持有5%以上的注册资本或者股份面值达50万欧元以上。

^⑫ 德国于2005年颁布了《企业完整性及撤销权现代化法》(Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts, BGB II, 2802, 简称UMAG),尤其针对决议撤销之诉在实践中被滥用的问题对其《股份法》的相应条款作出了一些修改完善。参见丁勇:《德国〈企业完整性及撤销权现代化法〉介评》,载葛勇平、孙珺主编:《德国法研究》第1卷,哈尔滨工业大学出版社2007年版,第156~183页。

^⑬ Vgl. Hüffer, in: Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 7, 2. Aufl., München 2001, § 245 Rn. 23; Hueck, Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, Mannheim/Berlin/Leipzig 1924, S. 137f.; Schilling, in: Aktiengesetz: Großkommentar, Dritter Band, 3. Aufl., Berlin/New York 1973, § 245 Anm. 6.

事登记的生效效力(konstitutive Wirkung)。一般认为,由于这些重要决议的实施必然给公司带来深刻且在事后难以恢复原状的影响,其一旦生效并付诸实施就很难在决议被宣告无效或者撤销后恢复原状从而对股东利益造成无法弥补的损失,因此,德国要么在法律上明文规定,要么在商事登记实践中实际贯彻一旦对决议提起诉讼则中止决议登记的原则,即决议瑕疵诉讼的提起构成所谓的登记障碍(Register-sperre),^⑭决议无法被登记生效从而也无法实施。“职业讼客”正是利用了公司重大决议登记时存在的登记障碍,其只要提起诉讼就可阻碍决议登记生效和实施,公司必然迫于压力而与其和解。

最后,滥诉者的目的是公司向其支付高额诉讼和解金。尽管德国《股份法》第247条第1款对决议撤销之诉的争讼价值(Streitwert)做了规制,即“争讼价值不得超过公司注册资本的十分之一,或者在注册资本的十分之一高于50万欧元时,争讼价值不得超过50万欧元,除非考虑案件对于原告的意义应当对争讼价值作出更高的评估”,但原告股东往往以诉讼对于股东利益有更高的价值和意义而与公司约定超过50万欧元的争讼价值,由于争讼价值通常也是诉讼和解时确定案件和解价值的依据,原告以此便可获得高额和解补偿。^⑮

(二)我国公司决议瑕疵诉讼滥用的现实可能性分析

相比之下,我国公司决议瑕疵诉讼实践的时间尚短,相关案例也较为有限,尚未出现严重的滥用现象,但这并非表明我国不会发生滥用问题。除了诉讼实践不发达,这在很大程度上是由于公司治理不完善、中小股东权利意识薄弱以及相关法律规定缺失造成的。事实上,司法实践中已经发生了上市公司中微量持股股东通过行使撤销权最终导致对公司利益影响重大的股权分置改革方案被迫搁浅的案例。^⑯

由于我国公司决议瑕疵诉讼制度及其规则直接承袭自以德国为代表的大陆法系相关立法,有必要分析上述德国法中便利滥诉的法律条件是否同样会在我国产生。

1. 诉讼门槛低

与德国一样,我国决议瑕疵诉讼的起诉门槛同样极低。股东按我国《公司法》第22条的规定提起决议无效或者撤销之诉只需具有股东身份即可,对此和德国一样没有任何持股份额或者持股时间的要求,如此低的起诉门槛无疑造成了原告利益与公司利益的严重失衡,必然引发滥诉风险。^⑰可以设想,股东完全可以在获知公司作出重大决议之前投机性地购入微量甚至一股股票,然后对公司决议发起责难而将公司拖入讼累甚至阻碍重要决议的实施。在起诉期限上,由于股东主张决议无效事由在期限上并不受类似决议撤销之诉中除斥期间的限制,这更有利于有意滥诉者随时起诉公司危害其安定性。

2. 以诉讼阻碍决议执行

对于诉讼提起与决议执行的关系,我国《公司法》并没有像德国法那样明确规定“登记障碍”,将提起诉讼作为中止决议执行的事由,而是对此完全未作规定,这种立法“缄默”虽不至于像德国立法那样显著招致滥用,但立法空白也造成在决议是否中止执行这一关键问题上存在极大的不确定性。

在《公司法》对此未作明确规定的情况下,法院只能求助于民事诉讼的一般原理。对于决议是否应当中止执行,关键在于正确界定中止决议执行在诉讼法上的性质。理论上,在法院作出生效判决之前,决议是否有瑕疵尚不能确定,原告并无权利在此时就要求公司中止执行其已经作出的决议。然而,由于担心公司在法院判决确定前通过实施决议造成既成事实,而这些既成事实在原告获得胜诉判决后也难以完全消除,原告因此才在判决确定前向法院申请中止决议执行,其实质是在原告未获胜诉判决前向法

^⑭ Vgl. Baums, Empfiehlt sich eine Neuregelung des aktienrechtlichen Anfechtungs- und Organhaftungsrechts, insbesondere der Klagemöglichkeiten von Aktionären?: Gutachten F für den 63. Deutschen Juristentag, München, C. H. Beck, 2000, S. F 155ff. .

^⑮ 同前注^⑭, Baums, Keinath, Gajek 文, 第1629页, 第1647页。

^⑯ 参见彭晓辉、李安尼、王涵:《股东当慎用诉权》,《人民法院报》2008年9月12日。有关该案详情和讨论可参考《人民法院报》2008年9月12日《经济与法》专版主题《股东行使撤销权,该不该有门槛》。

^⑰ 参见上注案例。需要指出的是,股东仅凭股东资格而无论持股多少均享有诉权是立法者的有意安排,相关详细探讨参见丁勇:《股东大会决议撤销之诉功能反思》,《法学》2013年第7期。

院申请获得临时性的权利救济,在诉讼法上属于典型的行为保全措施,即为避免因判决作出前由于现有状态的改变而使判决后原告权利的实现落空或发生重大困难,法院在判决作出前责令被告为一定行为或不为一定行为。因此应当按照行为保全规则来处理原告中止决议执行的申请。^⑩

我国《民事诉讼法》在2012年修改前一直未规定行为保全制度,^⑪2012年新修订的《民事诉讼法》终于弥补了这一重大制度缺失,该法第100条和第101条在原先财产保全相关规定的基础上同时增加了诉中行为保全和诉前行为保全制度。尽管新规定相对还比较原则,但毕竟正式确立了我国民事诉讼中一般性的行为保全制度。

然而,问题的关键在于如何对决议中止执行问题适用行为保全规则。由于行为保全制度在我国确立的时间尚短,如何具体适用该制度本身就是摆在司法机关面前的一大难题,更不用说还需结合公司决议的特殊性作出判断。《民事诉讼法》第100条第1款只是规定:“人民法院对于可能因当事人一方的行为或者其他原因,使判决难以执行或者造成当事人其他损害的案件,根据对方当事人的申请,可以裁定对其财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。”据此,法院需要判断的是允许公司决议在诉讼结果确定前执行是否会对原告股东胜诉后的判决执行造成困难。由于公司决议通常涉及的均为合并分立、增减资本、形式变更或解散清算等公司重大结构变更行为,法院必然会考虑到这些决议一旦执行就难以恢复原状的事实,原告股东即便胜诉也难以甚至无法获得真正的救济,法院因此完全有理由基于原告申请甚至主动作出中止决议执行的裁定。^⑫

可见,我国《公司法》尽管未像德国法那样明确将提起诉讼作为中止决议执行的事由,但由于法院在依据《民事诉讼法》第100条适用行为保全规则时同样会考虑到公司决议一旦执行就难以恢复原状从而对股东利益造成无法弥补的损失,因此同意原告中止决议执行的请求,甚至主动作出中止决议执行的裁定,这在事实上和德国法上诉讼提起即阻碍决议执行的做法并无本质区别。

3. 诉讼和解缺乏法律约束

比德国法更糟的是,我国法律未对诉讼和解作出任何规定。^⑬公司法学界多关注股东代表诉讼中的和解问题,而对于决议撤销之诉是否以及如何适用诉讼和解探讨甚少。可以明确的是,决议撤销之诉的当事人显然不能就决议无效甚至是决议内容的变更进行和解,这超出了其能够处分权利范围而只能由法院通过判决确认或者由股东大会作出变更决议实现。^⑭但如果原告股东以公司支付和解金为同意撤诉的条件,而法律对于诉讼和解金的数额则完全没有约束,这无疑为滥诉者与公司约定高额的诉讼

^⑩ 我国部分学者对诉讼提起与决议执行关系问题原则上也持行为保全思路的观点。参见前注①,李建伟书,第215页;同前注⑦,丁勇文;乔欣等:《公司纠纷的司法救济》,法律出版社2007年版,第268页。

^⑪ 之前知识产权“诉前临时禁令”制度和我国《海事诉讼特别程序法》中的“海事强制令”制度虽已具有行为保全的性质,但一般性的行为保全制度在我国《民事诉讼法》中一直未予建立。

^⑫ 需要说明的是,笔者所分析的法院裁判思路并非主观臆测。笔者曾于2012~2013年挂职担任上海市浦东新区人民法院法官,其间有幸接触到最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(四)》(法院系统征求意见稿)(以下简称《征求意见稿》)并参与了相关研讨。《征求意见稿》第6~8条着重对决议瑕疵诉讼提起与决议执行的关系问题做了规定。《征求意见稿》第6条赋予了原告向人民法院申请中止决议执行的权利,第7条则规定了应当中止决议执行的具体条件,其中最重要的一个条件即为“股东会或者股东大会、董事会决议事项执行后不能回转或者难以回转”,而《征求意见稿》第9条甚至明确排除了对外发生法律关系的决议一旦无效后恢复原状的可能,这意味着如果决议是公司对外所设立的法律关系的基础,那么决议即便无效或被撤销也不影响已经形成的对外法律关系,从而无需将已形成的法律关系恢复原状。这样,类似公司合并(涉及合并相对人)、增发资本(涉及新股认购者)、对外担保(涉及被担保人和债权人)等这类通常必然对外发生法律关系的决议即便无效或被撤销,也不会影响已经按照该决议实施了的公司合并、增发或担保等行为的效力,而不必恢复原状,这同时也意味着原告即便在决议瑕疵诉讼中胜诉也无法获得真正的权利救济。原告以此为由要求依行为保全规则中止决议执行的,无疑将得到法院的支持。尽管《征求意见稿》尚未公布生效成为裁判依据,但有理由相信,法院在适用行为保全规则作出裁判时将会参考其中的立法思想和理念。

^⑬ 需要说明的是,本文限于主旨不对我国民事诉讼立法和司法上均重调解而轻和解以及二者在诉讼法意义上的区别作出探讨和评论,只取二者在以当事人双方合意终结诉讼上的共同实质特点而统一采用诉讼和解的概念。

^⑭ 同前注①,褚红军主编书,第438页;同前注③,李哲松书,第428页。

和解金、实现滥诉目的创造了极佳的便利条件。

从德国的相关教训反思我国公司决议瑕疵诉讼制度,诉讼门槛低(凡股东皆有撤销权)、以诉讼阻碍决议执行(凡申请均中止决议执行)以及诉讼和解缺乏法律约束(高额诉讼和解金不受限制)这几大便利滥诉的条件在我国均已具备。事实上,这些条件易被滥用只是结果和表象,其在根本上折射的是法律在这些环节上对原被告双方利益分配的失衡。

三、公司决议瑕疵诉讼制度的立法完善

(一)核心问题

公司决议瑕疵诉讼制度中原被告利益配置的失衡从根本上看是对商事决议照搬传统民事法律行为理论范式的结果。目前,通说将公司决议定性为一种民事法律行为即所谓的团体法律行为,在公司决议有瑕疵时比照适用民事法律行为效力理论。^②然而,传统的民事法律行为理论主要是以单方法律行为和双方法律行为为调整对象的,总体上关注的是个体意思表示及其瑕疵的处理,团体法律行为虽然也关注个体意思表示,但其既非单独意思表示,也非以要约承诺方式对应存在的两个意思表示,而是终将汇聚成团体意思、体现团体利益的载体。从所调整的主体来看,传统民事法律行为涉及的主体之间通常并不存在从属关系,而团体法律行为法律规制的重点却是团体行为侵犯与其有从属关系的个体的权利时的效力问题。因此,如何处理个体利益保护与团体利益保护之间的紧张关系并达成合理的平衡是团体法律行为面临的核心问题,而这在以单方民事行为或双方民事行为为主要调整对象的传统民事法律行为理论中恰恰是不存在的。

对于尤其强调商事效率及安定性的公司决议来说,如何在股东个体权利和公司整体利益的维护之间达成平衡本应是决议瑕疵法律制度的重心所在,但由于套用以个体利益保护为中心的民事法律行为理论,使得决议瑕疵诉讼制度在起诉条件、决议执行及诉讼和解等环节均先天地偏向了股东个体利益的保护而忽视了公司整体利益的保护,由此引发的滥诉风险不过是这种失衡的必然体现而已。因此,从源头上反思和脱离传统民事法律行为的理论范式,更加关注和强调股东个体利益与公司整体利益的平衡是修正现行制度的内在主线。

(二)起诉条件

1. 最低持股份额

根据我国《公司法》第22条的规定,仅凭股东资格本身就赋予股东决议撤销权,这从传统民事法律行为理论的视角看并无不妥,但对公司决议行为来说就很有疑问。如果说这种宽泛的撤销权在人合性明显的有限责任公司中尚无太大问题,在股份有限公司尤其是上市公司中就很值得反思。任何人在资本市场上购入一股股票即可对影响公司利益甚大的决议提起诉讼、轻而易举地将公司拖入讼累,原被告利益严重失衡。

理论上应当在此反思的是,从历史上看,立法者当初仅以股东身份就赋予其决议撤销权是以在经济意义上实质性地参股并经营企业而因此享有广泛股东权利的股东形象为立法参照的,然而资本市场发展所带来的股票面额的降低以及股份公司中股权结构分散的现实已经使股份公司的结构发生了转变,大量持股极低的小股东更多只是关注投资利益的投资者而不再是传统意义上关注并参与公司经营管理的“股东”,不再符合立法者创立决议撤销权时作为参照的股东形象。因此,学理上应当对“投资者股东”(Anlegeraktionär)和“企业主股东”(Unternehmeraktionär)予以区分作出保护。^③对于只关注投资收

^② 参见[德]迪特尔·梅迪库斯:《德国民法总论》,邵建东译,法律出版社2001年版,第165~167页;[德]卡尔·拉伦茨:《德国民法通论》下册,王晓晔等译,法律出版社2003年版,第431~433页;王泽鉴:《民法总则》,中国政法大学出版社2001年版,第185页。

^③ Vgl. Bayer, Empfehlen sich besondere Regelungen für börsennotierte und für geschlossene Gesellschaften? Gutachten E für den 67. Deutschen Juristentag, München, C. H. Beck, 2008, S. E 101ff., 107f.; Mülbart, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Auflage, München, C. H. Beck, 1996, S. 54ff.

益而非行使股东管理权的“投资者股东”和传统意义上的、实质地参与企业经营管理的“企业主股东”，在法律保护方式上也应当予以区分，对前者的保护应限于其经济利益而不应超出此范围赋予其撤销权。只有那些以其持股份额表明其对企业长期成功经营具有利益的“企业主股东”，其在社团法上的公司成员地位才与其经济利益同样重要，从而应当享有决议撤销权。^⑤

需指出的是，是否超越投资利益之上构成关注和参与企业长远经营发展的“企业主股东”并非以股东个体的主观意思为准，而只能以其客观持股及对公司的实际影响力为准。股东的持股份额是其在公司中享有权利和承担义务的指标，违法决议对其权利的侵害程度因而也与其持股份额成正比，对股东最大的权利侵害莫过于完全剥夺其股份。因此，对于持股极少的原告股东可以认为其受损利益极为有限，远小于公司及其他股东维护并实施决议的利益，因此不得以主张消灭决议效力的方式维护其自身利益。从权利和义务平衡的角度来说，股东对公司所能施加的影响力应与其对公司承担的责任成正比，持股多的股东对公司承担的责任也大，违法决议对其利益的影响也更大，赋予其撤销权作为救济手段是合适的，而那些以极低成本少量持股的小股东本身对公司决议事项的影响极为有限，却可以通过撤销权对公司的正常经营运作施加巨大影响，这与小股东的通常地位和影响力是完全不符合以及不相称的。

因此，笔者建议改变我国《公司法》不区分公司形式只以股东身份赋予决议撤销权的立法模式，对股份公司中股东决议撤销权的行使规定最低的持股份额。在人合性显著的有限责任公司中，股东数量较少且各自持股较多，赋予其撤销权无论是从其作为典型的“企业主股东”的地位来看，还是从违法决议对其利益侵害程度及保护必要性上看都是合适的。但对于资合性显著的股份有限公司来说，对持股极少只关注其投资利益的“投资者股东”，从对其利益保护的必要性和方式上来看，均应排除决议撤销权。已经出现的上市公司微量持股股东提起诉讼并导致公司重要决议被迫搁浅的案例也让实务部门工作者意识到，若没有一定数量的持股比例限制，股东滥用诉讼权利的行为是无法在根本上得到遏制的。^⑥

对于“投资者股东”的确定标准，可以参考我国《公司法》第151条第1款中对股东代表诉讼资格的规定将其规定为“持有公司百分之一以上股份”，股东代表诉讼中将短期投机股东排除在原告范围之外的核心思想与此处将撤销权主体限于“企业主股东”的要求是基本一致的，同时也未排除小股东通过共同诉讼达到起诉要求的可能。另一方面，对撤销权的持股份额要求所要排除的只是持股极少的“投资者股东”，因此在上述比例标准外还应有绝对数额标准，这尤其对于股权总量很大的股份公司来说不会由于难以达到比例标准而过于限制股东的撤销权。因此，笔者建议，股份有限公司中只有持有公司百分之一以上股份或者持股面值达到10万元的股东才可以按照《公司法》第22条提起决议撤销之诉。

2. 持股时间限制

除了持股份额上的要求，要在起诉条件问题上实现原被告双方利益的平衡还可以考虑对起诉股东的持股时间作出要求。比如，针对滥诉者投机性地在股东大会召开前购进微量股份的伎俩，德国2005年修改《股份法》对原告持股时间做了限制：股东只有在公司公告股东大会会议事日程前已经取得股票的才享有决议撤销权。尽管对持股时间的要求和最低持股份额要求一样可以提高原告的起诉门槛，从而在起诉条件上纠正原被告利益的失衡，但对持股时间的限制是否符合法理却颇有疑问。

将股东资格的取得时间作为撤销权行使的前提条件的理由在于，在决议作出后或者在公司公告股东大会会议事日程后取得股权的股东已经或者应该可以预见到决议的内容，因而不值得保护。对此，我国不少学者提出相反观点，认为决议瑕疵所直接危及的不是股东个人权利而是决议合法性及公司组织的健全制度，因而所有股东包括在决议之后取得股东资格的股东对决议合法性均有利害关系和诉讼利

^⑤ 同上注，Bayer书，第107页以下。

^⑥ 同前注^⑤，彭晓辉、李安尼、王涵文。

益。^②以股东具有超越其个体利益之上的维护决议合法性的利益为由赋予其决议撤销权固然可以解决其在决议之后取得股权的诉讼利益问题,然而,这种超越个体利益的诉讼利益并不能作为立论依据。如前所述,决议撤销之诉本身和所有普通的民事诉讼一样只以维护原告股东的个体利益为目的,其对公司整体合法性的促进只是其间接效果。正如不能因为诉讼对促进社会整体法治的间接效果而赋予每个人无条件的诉权一样,股东对撤销决议的诉讼利益只是基于对其个体利益的保护需要。也正是保护原告股东个体利益的诉讼宗旨使决议撤销之诉区别于股东为公司利益代位主张公司请求权的股东代表诉讼,后者因而可以对起诉股东的股东资格提出持续持股时间等更高的要求。因此,仍必须正面回答的问题是,在决议作出后或者在公司公告股东大会事日程后取得股东资格的股东是否真的不值得保护。

事实上,否定决议作出后取得股权的股东的撤销权意味着决议作出后继受股权(包括转让和继承等)的股东无法一并获得其前手股东享有的撤销权,撤销权无法随股权转让而转让从而就此灭失。然而,撤销权并非高度人身性质的权利,并不应随股权转让而灭失,违法决议对股东利益的侵害恰恰体现并附着于其所持股权之中并可能反映在股权的价值上,法律赋予股东撤销权的目的是为了消除决议对其股权及其价值的侵害。尤其是在违法决议在撤销期限届满前并未最终生效、违法侵害因而尚未成为既定现实的情况下,受让股东更应有以撤销之诉对抗决议、维护自身利益的可能和手段。更何况,股权转让约定可能在决议作出前就已达成,剥夺决议作出后继受股东的撤销权无疑将其置于毫无法律救济渠道的境地,其所获得的股权也可能因此大为贬值。因此,应当将撤销权理解为附着在股权本身之上的权利,其可以随股权转让而一并由受让股东取得,决议作出后继受取得股东资格的股东,只要其前手具有撤销权就应具有起诉资格。^③另一方面,类似德国这样要求股东只有在公司公告决议事项之前取得股权才享有撤销权的做法尽管可以排除一部分投机性滥用者,但也是不符合法理的,股东知晓相关决议事项并不意味着其同意将其权利完全置于随后大股东任意的决议侵害之下,剥夺其撤销权无异于允许对其私有财产权的任意侵犯,这甚至是违宪的。^④对于上市公司来说,滥诉者更是可以通过事先购入众多公司少量股份的方式轻易规避这一限制。

与上述问题相关的另一个问题是,股东起诉后转让股权是否意味着丧失其诉讼资格。德国早期的主流观点以及我国部分学者对此持肯定态度。^⑤但德国目前的主流观点认为,对此应当类比适用德国《民事诉讼法》第265条有关诉讼期间转让争议标的物不影响诉讼的规定,只要转让股东对于继续诉讼仍有利益,就不应否定其诉讼资格而应允许其继续诉讼,这种利益通常体现在其只有通过继续诉讼才能消除违法决议对其股东权益的侵害并避免这种侵害影响其股权转让的价格。^⑥况且,诉讼过程往往耗时较长,其间转让股权即丧失诉讼资格也是对原告股东财产处分权的过度限制,即便在技术操作上其可以通过保留一股的方式转让其股权而不丧失诉讼资格,但这也恰恰体现出转让股权即丧失诉讼资格这一观点的不合理之处。因此,股东起诉后转让股权的不影响其诉讼资格,其仍可以继续诉讼。

3. 起诉期限

现行法在起诉条件上对原告利益的失衡还体现在起诉期限的规定上。《公司法》目前只对决议

^② 同前注①,蔡立东、杨宗仁文;同前注①,谢文哲书,第109页;同前注①,褚红军主编书,第443页。

^③ Vgl. Zöllner, in: Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Band 2, Köln u. a., Carl Heymanns, 1985, § 245 Rn. 21; Feltkamp, Anfechtungsklage und Vergleich im Aktienrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1991, S. 21ff.; Wallenhorst, Schranken der Anfechtungsbefugnis von Aktionären, Frankfurt am Main u. a., Peter Lang, 1996, S. 76f. 持相同结论但未说明理由的参见柯芳枝:《公司法论》,中国政法大学出版社2004年版,第234页;同前注①,刘俊海书,第268页;同前注①,李建伟书,第203页。

^④ Vgl. Schwab, in: K. Schmidt/Lutter, Aktiengesetz, Kommentar II. Band, § 150-410, Köln 2008, § 245 Rn. 8.

^⑤ 同前注①③, Hueck 书,第137页以下;同前注①⑥,乔欣等书,第265页。

^⑥ 如德国联邦最高法院在一起关于有限责任公司原告转让股权退出公司的案例中就认为,转让股东继续诉讼的利益在于决议有可能会影响其转让收益或者存在损害赔偿请求的可能(Vgl. BGHZ, 43, 261, 268f.)。目前,认为原告股东在诉讼开始后转让股权不丧失诉讼资格的观点已成为德国的主流观点(Vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 9. Auflage, München, C. H. Beck, 2010, § 245 Rn. 8; 同前注②, Zöllner 文,第245条,边码23以下;同前注②, Schwab 文,第245条,边码17)。

撤销之诉规定了股东应当自决议作出之日起60日内提起诉讼,但对于决议无效之诉并不存在这样的除斥期间规定,而按照诉讼时效的一般规定,股东至少在决议作出之日起2年内均可提起决议无效之诉,而此时公司合并分立、增减资本等重要决议可能早已实施完毕,事后认定决议无效而恢复原状无疑对公司造成严重的负面影响和极大的不确定性。

正是基于公司决议安定性的考虑,德国《改组法》一直规定,针对该法所调整的公司合并分立、形式变更及资产转让等决议效力的诉讼只能在决议作出后一个月内提起。^②这其实是将德国《股份法》对决议撤销之诉所规定的一个月的除斥期间扩展适用于针对上述几种涉及公司重大结构变更的决议的所有诉讼。这样,期限届满后如无诉讼提起决议的效力将不再有任何疑问,公司从而可以获得法律安定性并可放心实施决议。类似地,《日本公司法》第828条第1款通过详细例举同样将提起主张公司关于合并分立、增减资本、形式变更及股份交换等决议无效的诉讼的期限限定为该行为生效之日起6个月内,《韩国商法典》第236条、第429条、第445条、第529条、第530条等也将提起主张公司关于合并分立及增减资本等决议无效的诉讼的期限限定为该行为登记之日起6个月内。

我国应借鉴上述国外立法对主张决议无效事由同样作出期限上的限制,但在具体规则安排上,应当平衡股东个体利益与公司整体利益,考虑到无效事由要比可撤销事由严重,不应采取“一刀切”的立法方式,而只应针对有关公司合并分立、增减资本、形式变更及解散清算等公司重大结构变更行为的决议规定无效之诉的除斥期间,这些事项对商事交易安全和效率的价值需求尤为突出,在利益衡量上应多以公司整体利益为重,而对于其他决议则仍以股东个体利益为优先,不必设定除斥期间。在具体期限规定上可考虑与决议撤销之诉保持统一,即针对合并分立、增减资本、形式变更及解散清算决议的效力只能在决议作出后60日内提起诉讼。

(三) 决议执行

无论是德国明文规定“登记障碍”的做法,还是我国法院同样基于决议一旦执行就难以恢复原状的考虑而适用行为保全规则,都会形成诉讼一旦提起就导致决议中止执行的局面。从股东权利保护的角度来说,对有效力争议的决议中止其执行似乎无可厚非,但这同样是民事法律行为理论范式下单方面关注个体权利保护而牺牲公司整体利益的体现,有必要从利益平衡的角度予以修正。

1. 正确适用行为保全规则

如前所述,原告在未获胜诉判决前要求中止决议执行的做法在法律性质上属于典型的诉讼法上的行为保全,按照行为保全规则来处理原告的申请是正确合理的做法。问题的关键在于行为保全规则究竟应当如何正确理解和适用。

由于《民事诉讼法》的相关规定较为原则,必须从行为保全的基本原理中寻找答案。首先,按照行为保全的一般原理,行为保全只应由原告向法院提出申请并在符合条件时才可获得,法院不能依职权主动作出行为保全的裁定。其次,原告应当对其申请符合行为保全的条件承担相应的证明责任,即其应当通过陈述现有事实使法院相信其不仅享有对被告的请求权(即所谓的“处分请求权”)且该权利会因现状改变而无法或难以实现(即所谓的“处分原因”),法院在考虑请求权成立的可能性,特别是结合考虑保全措施对双方利益的影响并进行利益衡量后作出是否准许原告申请的决定。在作为申请人的原告或者作为被申请人的被告的胜诉希望非常明显时,法院可以据此即作出支持或驳回申请的裁定,否则,法院应当在对请求权成立的可能性及原被告双方利益衡量这两方面进行综合判断后作出裁决,而这两方面在证明要求和程度上存在此消彼长的关系,即原告请求权成立的可能性越低,就越需要证明其以行为保全阻止被告行为的利益远高于被告实施该行为的利益,反之,被告实施行为的利益越高于原告的阻止利益,就越需要对原告请求权成立的可能性提出更高要求。

2. 以行为保全规则调整决议执行

^② 参见德国《改组法》第14条第1款、第125条、第176条第1款、第195条第1款。

以上述行为保全原理来解决公司决议中止执行问题,作为申请人的原告不仅要通过阐述现有事实证明其请求权(决议无效或可撤销)成立,还要证明决议执行对其权利可能造成难以挽回的侵害且在程度上需要中止决议的执行。法院应在考察原告所主张的决议瑕疵成立的可能性并对原被告双方在实施决议问题上的利益对比进行衡量后作出是否准许原告申请的决定。除非原告所主张的决议瑕疵明显成立或不成立,法院可据此即作出支持或驳回申请的裁定,否则,法院只能根据原告请求权成立的可能性及原被告双方的利益衡量作出综合判断,并注意两者在证明要求和程度上所存在的此消彼长关系,即如果中止决议执行对被告公司的利益影响越大,那么对瑕疵成立的可能性的证明要求也就越高;对于涉及公司重大结构变更的合并分立、增减资本等决议,中止决议执行对公司可能造成的损害通常极大,且远甚于执行决议可能对原告产生的损害,对决议瑕疵成立的证明要求也应极大提高;在决议是否及时执行关系到公司生死存亡时,对决议瑕疵成立的证明要求甚至应接近于诉讼程序中的要求。反之,如果瑕疵决议对原告股东的权利侵害越大,则可相应降低对瑕疵成立的证明要求。^③

在原告无法完成上述证明的情况下,法院可以要求原告对公司中止决议执行可能产生的损失提供担保,原告提供担保的,法院可以支持其中止决议执行的申请,当然原告也可主动提供担保获得法院支持。因此,原告通过证明使法院获得确信和提供担保是并列的获得行为保全的两种方式,但对于诉讼提起前就要求中止公司决议执行的,法律则规定原告必须提供担保。

最后必须强调的是,行为保全只是以非讼程序向申请人提供的临时性权利救济,其典型特征就是难以保证裁决与最后的实体判决相符。因此,对于原告错误申请而给公司造成损害的,原告应承担相应的损害赔偿赔偿责任,该责任为无过错责任。^④

3. 对“诉讼提起即中止决议执行”模式的检讨

从上文分析可以看出,正确理解和适用行为保全规则才能合理地平衡原被告双方在中止决议执行问题上的利益冲突,同时有效消除通过阻碍决议执行而滥用决议瑕疵诉讼的可能。以此来反观仅因决议执行后难以恢复原状就中止决议执行的做法,则会清晰地发现问题所在。

首先,从程序上看,中止决议执行作为向原告提供的临时性权利保护措施必须由原告提出申请,而德国法中诉讼一经提起就由于法定或事实上的“登记障碍”自动阻止决议执行的做法,本质上是不经原告申请就自动为其提供行为保全,明显背离了行为保全的基本原理。我国法院如果依据《民事诉讼法》第100条第1款的规定不经原告申请而主动以决议一旦执行就难以回转而裁定中止决议执行,则在程序上存在同样的问题。^⑤ 这种为原告提供的“过度保护”无疑是诱发滥诉的关键条件。

其次,从实体上看,仅以决议执行后难以恢复原状就中止决议执行的做法至少在以下几个方面违背了行为保全原理:首先,这种做法忽略了行为保全制度下首先应考察原告所主张的决议瑕疵成立的可能性,尽管在非讼程序中其证明要求要低于诉讼程序,但原告仍应通过阐述事实使法院初步确信其请求权成立才能进一步主张存在处分原因(原告权利因决议执行而难以实现并在程度上需要中止决议执行);其次,在通常情况下,法院对于“处分原因”的审查将是结合原告请求权成立的可能性以及对原被告双方利益衡量的综合考察,仅以决议执行后不能或难以回转就裁定中止决议执行实质上只考虑了原告的单方利益,完全忽略了作为被申请人的被告公司利益,更忽略了双方利益衡量与请求权成立在证明要求上的此消彼长关系。在涉及公司重大结构变更的决议执行时,除非决议严重侵犯原告的基本权利,否则公司对决议的执行利益通常远大于原告股东的个体利益,此时应当对原告请求权的成立提出极高的证明要求;最后,仅以决议执行后不能或难以回转而中止决议执行的做法也回避了行为保全规则下原告错

^③ Vgl. Heinze, *Einstweiliger Rechtsschutz im aktienrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsverfahren*, ZGR 1979, 293, 307ff.; Damm, *Einstweiliger Rechtsschutz im Gesellschaftsrecht*, ZHR 1990, 413, 421.

^④ Vgl. Helm/Manthey, *Missbräuchliche Anfechtungsklagen im Aktienrecht: Rechtsvergleich und Lösungsansätze*, NZG 2010, 415, 417.

^⑤ 尽管我国《民事诉讼法》第100条第1款对诉中行为保全依然保留了例外情形下由法院依职权裁定的规定,但这不仅不符合私法以及民事诉讼中的处分原则,也与各国立法不符,实践中法院基于承担国家赔偿责任的担忧一般也很少依职权主动采取保全措施。

误申请时的损害赔偿问题,责任机制的缺失无疑加剧了原被告利益的不平衡,使原告在实施滥用行为时更加有恃无恐。^⑤

可见,仅因决议执行后难以恢复原状而中止决议执行的做法严重偏离了行为保全的基本原理,不仅无法在决议执行的问题上合理地平衡原被告双方的利益,更为原告阻碍决议执行提供了便利条件,从而必然引发滥诉。

(四) 诉讼和解

同样,从普通民事法律行为的角度看,原告股东和公司达成诉讼和解撤诉以及和解金的数额确定是双方自由约定的问题,任意数额的和解金似乎都无可指摘。但这种观点忽视了公司法上和解的特殊性。

事实上,决议撤销之诉中和解的特殊性在于其涉及的是股东与公司之间的和解,因此和解金的数额并非可以任意确定,尤其要受到资本维持原则的限制。资本维持原则不仅禁止股东直接“抽逃出资”,更禁止股东以其他“隐蔽”的方式如与公司间的不公平交易等套取出资。^⑥ 股东与公司约定不合理的高额诉讼和解金正是一种隐蔽的套取出资从而减损公司资产、损害债权人利益的做法。

简单来说,资本维持原则并不当然禁止股东与公司间的交易,但要求双方的给付在价值上相适应且不存在明显不相称的情况,^⑦对于决议撤销之诉而言就意味着公司向起诉股东支付的和解金应当与股东通过撤诉而向公司作出的对待给付在价值上相适应,因此有必要研究股东撤诉所蕴含的经济价值。一般来说,由于撤销权并非财产性的成员权,因此股东撤销权以及放弃该权利行使的撤诉行为本身并不具有经济价值,但当公司决议的内容侵害股东经济利益(如出售公司重大资产或者有关公司利润分配的决议等)时,股东通过撤诉放弃了对公司侵犯其经济利益行为的追究,从而相当于对公司作出了具有经济价值的给付。^⑧ 在确定该给付的具体价值时必须谨遵撤销之诉维护起诉股东个体利益的制度宗旨,正如原告的起诉只代表对其自身利益的维护一样,其也只能就自身利益进行和解,在价值判定上只能以决议对起诉股东本身造成的损害为标准,而不能以决议对公司或者其他股东的损害为标准放大原告的和解利益。德国相关司法实践一直无法解决公司向起诉股东支付高额和解金问题的一个重要原因就在于,双方约定的作为和解金计算依据的和解价值(Vergleichswert)往往不仅是原告股东与公司间的争讼标的(撤销决议请求权)本身,还包括了并非撤销之诉争讼标的但仍在和解中约定的公司其他义务(如公司有义务提高对所有被排除股东的补偿金额或者在增资决议中不再排除股东的优先购买权等)。这种以“公益之诉”理念为基础认定的和解价值早已超出原告股东维护自身利益的范畴且通常远远高于法律规定的原则上争讼价值的上限,从而形成了所谓的“和解增值”(Vergleichsmehrwert),而滥诉股东所追求的高额和解金正是主要通过“和解增值”实现的。^⑨

除此之外,原告股东向法院预先缴纳的诉讼费用也可作为其撤诉的价值,这些费用在其胜诉时原则上将由被告公司承担,^⑩原告撤诉相当于免除公司债务而构成对公司的给付,因此这部分费用的价值可以作为原告撤诉的价值体现在和解金中,而原告股东的其他诉讼支出和成本如律师费等则不能算作其

^⑤ 以行为保全原理调整决议中止执行问题的分析也可参见前注⑦,丁勇文。

^⑥ 参见《公司法》第35条、第91条,《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》第12条。我国公司法的最新修订尽管取消了关于最低注册资本额和公司注册登记时实缴一定比例出资的要求,但这只是在法定资本制内部的修改,最低注册资本要求并非法定资本制的要素,因此,公司法对资本制度的修改并不改变我国仍属法定资本制的本质,资本三原则即资本确定原则、资本维持原则、资本不变原则仍然适用。

^⑦ 同前注⑤, Hüffer书,第57条,边码8; Raiser/Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 5. Auflage, München, Vahlen, 2010, § 19 Rn. 4; Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Auflage, Köln u. a., Heymann, 2002, § 29 II a), S. 890; 白江:《论资本维持原则和公司资产的保护》,《社会科学》2007年第12期。

^⑧ 同前注②, Feltkamp书,第70页; Slabschi, Die sogenannte rechtsmissbräuchliche Anfechtungsklage, Berlin, Duncker & Humblot, 1997, S. 143f.

^⑨ Vgl. Schwintowski, Räuberische Aktionäre: Konsequenzen der empirischen Forschung, DB 2007, 2695, 2700; Vetter, Modifikation der aktienrechtlichen Anfechtungsklage, AG 2008, 177, 194; 同前注⑧, Baums, Keinath, Gajek文,第1629页、第1647页。

^⑩ 参见我国《诉讼费用交纳办法》第29条。

撤诉的价值,我国民事诉讼中由败诉方承担的诉讼费用除法律法规及司法解释规定的特定情形外,^④原则上并不包括胜诉方的律师费及其他诉讼支出,这意味着原告股东即便胜诉也无法要求公司承担这些费用,因此其撤诉也不构成放弃其对公司的请求权而对后者作出的给付。

评估原告股东的撤诉价值还有几个问题需要注意。首先,公司由于诉讼而遭受的不利(如决议无法如期实施的损失等)或者决议一旦被撤销后公司重新作出决议的成本均不能作为股东以撤诉方式而向公司作出的给付,这些只是诉讼客观上已经或者可能造成的间接后果,而非股东从其可以支配的权利中向公司作出的给付,原被告和解的标的只应是原告或被告自身可以实现的争讼利益本身,即便原告股东胜诉其也无法获得上述不利或成本,因此不能作为撤诉股东获得公司和解金的对待给付。^⑤其次,由于和解时决议违法与否尚不确定从而导致股东撤诉的价值也处于不确定状态之中,理论上虽可考虑根据原告胜诉的可能性相应评估其撤诉价值,但对诉讼结果的可靠评估在诉讼终结前往往难以作出,只要诉讼并非明显不成立,对于公司来说诉讼的继续进行即意味着原告股东可以阻止决议对其造成的损害,因此,诉讼结果的不确定性原则上并不降低股东的撤诉价值。^⑥最后,公司在上述合理范围内向撤诉股东支付和解金也不违背股东平等原则。股东平等原则在要求公司对同类股东同等对待的同时,也承认基于公司与个别股东间存在的合理的、区别于其他股东的特殊关系而对该股东作出区别对待。因此,尽管违法决议同样也会对其他未起诉股东造成损害,但撤销之诉只是原告股东维护自身利益的诉讼,其积极行使撤销权的诉讼行为已使其区别于其他消极沉默股东,也只有积极主张自身权利的人才可能最终实现权利,公司只对撤诉股东而不对其他受损股东支付和解金的行为并不违反股东平等原则。

总之,资本维持原则决定了公司向原告股东支付的和解金不应超过该股东自身由于违法决议而可能遭受的损失及其已承担的诉讼费用的范围,尤其不能以“公益之诉”为名将和解利益扩大至公司利益及其他受损股东利益,进而使原告股东轻易套取出资甚至牟取更大暴利。超出上述合理范围的和解金将构成违反资本维持原则的抽逃出资,公司应当要求股东归还,负有责任的其他股东、董事、高管或实际控制人承担连带责任。^⑦

(责任编辑:洪 玉)

^④ 例如合同法中的债权人撤销权的行使(《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》第26条)以及著作权法和商标法中权利人制止侵权行为(《最高人民法院关于审理著作权民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第26条、《最高人民法院关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》第17条)等情形。

^⑤ Vgl. Diekgräf, Sonderzahlungen an opponierende Kleinaktionäre im Rahmen von Anfechtungs- und Spruchstellenverfahren: unter besonderer Berücksichtigung der Frage einer Zahlungsbefugnis der betroffenen AG, Heidelberg, Decker & Müller, 1990, S. 94; 同前注^④, Feltkamp 书, 第73页以下。

^⑥ 同前注^④, Feltkamp 书, 第76页以下。

^⑦ 参见《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的解释(三)》第14条。